

Introduction

1. L'ancienneté du DPE

- Le DPE date de l'Ancien Régime : - réglementation de certaines professions

- manufactures royales (=entreprises publiques)

MAIS certains biens restent hors commerces = biens de la couronne. L'édit de Moulins de 1566 protège les biens de la couronne contre le roi lui-même.

- La Révolution :
 - loi la Chapelier = suppression des corporations
 - liberté du commerce et de l'industrie
 - certaines activités restent de la compétence de l'Etat (hygiène publique, bonnes mœurs, ordre public,...)

- Fin du 19ème siècle :
 - évolution de la mission de l'Etat
 - intervention directe par l'Etat par des régies : RATP,...
 - concession à des personnes privées : SUEZ, générale des eaux,...

- Entre deux guerres : - l'action des personnes publiques devient essentielle
 - **CE, 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers** : liberté d'entreprendre des personnes publiques en cas de carence de l'initiative privée (**CE, 1933, Zénard**).

→ socialisme municipal

- le DPE devient dirigiste
- mise en place d'office de régulation de la production
- mécanisme des nationalisations → Volonté d'intervention
- création d'un conseil national économique = **DL Poincaré 1926** - 1^{ère} SEM (air France, Cie générale Trans-Atlantique)
- développement des SPIC : **TC, 1921, Bac d'Eloka**

- Seconde guerre mondiale : - développement du DPE

→ Sous l'occupation :

- **CE, 31 juillet 1942, Monpeurt** : une personne morale de droit privé peut prendre des actes administratifs
- **CE, 1943, Bouguen** : un ordre peut prendre des actes administratifs s'il exécuté une mission de service public

- Libération :
 - ces outils perdurent
 - **1946**, vague de nationalisation
 - **loi 16 janvier 1947, Plan Jean Monnet** = plan de planification économique

- 30 Glorieuses :
 - 1946-1976
 - développement économique
 - 4 directions de mutation : → L'Etat délaisse les formes lourdes d'interventionnisme pour passer des mécanismes d'incitation. On passe du directif à la contractualisation.
 - Développement du capitalisme d'Etat.
 - L'Etat se concentre sur les besoins économiques et sociaux auxquels une personne privée ne répond pas
 - L'Etat s'appuie sur d'autres personnes publiques pour mener son action. C'est un transfert de compétence et de charge.

- Chocs pétroliers :
 - **1973** et **1979**
 - on se tourne vers la personne publique pour aider à la reconversion de certaines activités
 - triple évolution : → expansion du secteur public. **Loi 7 juillet 1983** : régime uniforme des SEML
 - dirigisme de l'économie. **1982** : planification ; **1983** : contrat de plan ; **1982-1983** : plan de rigueur Jacques Delors avec des prix fixes
 - développement de l'interventionnisme local. Lois Defferre du 2 janvier 1982. Les collectivités peuvent verser des aides aux entreprises sous toutes formes (SEML, zones franches, zones de revitalisation rurale) avec des avantages fiscaux.

- Depuis 1990 :
 - déréglementation des activités
 - disparition des monopoles
 - vive concurrence
 - l'Etat devient régulateur
- autonomes : CSA
- = concurrence locale et communautaire
- MAIS** concurrence par des autorités de régulation
- MAIS** contrainte communautaire

2. L'hétérogénéité du droit public économique

Hétérogénéité des sources :

- pas de code
- touche les diverses branches du droit
- seule cohérence : but de réglementation de l'activité économique

Hétérogénéité des instruments :

- tous les outils sont utilisés : droit communautaire, contrat,...
- beaucoup d'instruments unilatéraux avec quelques contrats
- utilisation de procédés
 - privés = contrats de droit privé
 - publics = marchés publics, contrat de PPP

3. Les mutations du droit public économique

Il existe un avant et un après l'arrêt Million et Marais

CE, 3 novembre 1997, Million et Marais : les personnes publiques qui exercent une activité économique sont soumises aux règles de la concurrence

= banalisation de l'action de la personne publique qui ne se limite plus à l'intérêt général

4. Les définitions du droit public économique

Les buts des personnes privées et publiques sont différents.

Une personne publique n'intervient pas pour faire du profit.

= Le DPE comporte l'ensemble des règles à travers lesquelles la puissance publique manifeste, directement ou indirectement sa présence dans le domaine économique et celles s'appliquant aux personnes publiques pour l'ensemble de leurs actions économiques.

PARTIE I. Les fondements et les procédés classiques du droit public économique

Chapitre I. Les sources et les principes directeurs de l'interventionnisme économique des personnes publiques

§1. Les sources variées du DPE

A. Les sources constitutionnelles et communautaires

Depuis **CE, 3 décembre 1999, Sarran Levacher et autres** : primauté des dispositions constitutionnelles sur les normes communautaires.

MAIS formellement : la Constitution française prime

matériellement : le contenu du droit communautaire primé par on modifie la Constitution pour qu'il s'applique

DC, 10 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique : pas de contrôle de la constitutionnalité d'une partie de la loi car elle est issue d'une directive communautaire. Le législateur est lié aux règles communautaires.

1. L'existence de fondements et de limites constitutionnelles

Peu de fondements constitutionnels

Dans la DDHC : consécration de l'individualisme économique qui s'oppose à l'économie étatique

Décret d'Allarde 1791 : création de la patente et suppression des corporations

Loi Le Chapelier, 1791 : consécration de la liberté économique (abolie en 1884)

► Les fondements du DPE sont récents :

- **préambule de 1946** :- PPNT

- principe de nationalisation

- principe de participation

- **A 34 C°** : il appartient au législateur de réglementer les activités économiques

► Les limites de l'interventionnisme :

- **DC, 26 juin 2003, relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit par ordonnance (A38)** : « cette habilitation n'autorise pas le gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public [...] que ces exigences résultent en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'A 17 de la DDHC accorde aux propriétés publique comme aux propriétés privées ».

Le gouvernement peut créer de nouveaux contrats sur le domaine public pour confier à une personne privée la réalisation, la transformation, l'exploitation, le financement d'équipements publics voire leur gestion.

= pas d'atteinte à l'intégrité du domaine public

= pas d'atteinte à la continuité du service public sur le domaine public

= garantie des droits et libertés des usagers

= protection du droit de propriété

Deux cas exceptionnels pour recourir à ces contrats :

- répondre à un motif d'IG

- urgence

- circonstances particulières ou locales

- rattraper un retard préjudiciable

- nécessité au regard des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement

ou d'un service déterminé

CAR RISQUES

-- de rupture d'égalité devant les publiques

-- d'atteinte aux propriétés privées

-- de mauvais usage des deniers publics

Les limites constitutionnelles du DPE

Ces limites peuvent être le fondement de recours contentieux.

2. L'apparente neutralité du droit communautaire

A 295 Traité CE : « le présent traité ne préjuge pas le régime de propriété en vigueur dans les Etats membres »

= **PRINCIPE DE NEUTRALITE** du droit communautaire

DONC pas d'opposition aux nationalisations de 1982.

L'Etat peut porter atteinte au principe de neutralité en cas d'utilité publique.

MAIS nuances dans cette neutralité :

- le droit communautaire est libéral et tend à réduire le poids de l'Etat par des privatisations
- l'Etat est poussé à abandonner les outils d'interventions des personnes publiques : **A 31 CE** « les Etats aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial » Les Etats membres s'engagent à faire disparaître les monopoles à caractère commercial.
- libéralisation et concurrence complète de toutes les activités exercées par les personnes publiques

► La portée du principe de neutralité actuellement :

PRINCIPE DE L'EGALE CONCURRENCE = les personnes publiques peuvent exercer les mêmes activités que les personnes privées

L'UE ne peut cependant pas contraindre les Etats à se désengager de la sphère économique (violation de l'A 295 CE).

Les Etats ne peuvent privatiser qu'en respectant les règles communautaires **MAIS** l'UE n'est pas juge de l'opportunité.

Directive transparence, 25 juillet 1980 : régit les relations entre l'Etat et les entreprises publiques pour leurs relations financières (modification en 2006)

Le financement des services publics n'est plus libre pour les Etats membres :

- **SOIT** l'Etat bouche les déficits
- **SOIT** on utilise des fonds de compensation des services publics ; une entreprise publique qui fait des bénéfices en reverse une partie au service public déficitaire.

B. Les sources législatives et réglementaires

1. La diversité des sources normatives

► La LOI :

Rôle important mais en recul **CAR** - la matière économique se prête mal à une définition absolue car c'est un droit réactif et avec des règles détaillées

- compétence du pouvoir réglementaire

MAIS les libertés essentielles ne peuvent être réglementée que par la loi

► Certaines structures ne peuvent être utilisées que si le législateur y consent :

- **EP** : relèvent du pouvoir réglementaire
- **SEM** : statut fixé par le législateur, **loi 7 janvier 1983**
- **Société Publique d'Aménagement Local** : crée par le législateur en **2005**

Quand l'Etat veut intervenir il lui faut une loi de finances votée par le législateur.

La planification économique ne relève pas du pouvoir du législateur

MAIS DC, 27 juillet 1982 : « si les termes de plan ou de planification ne figurent pas à l'article 34 de la Constitution, il n'en demeure pas moins que par son objet même, me contenu d'un plan national pluriannuel touche à des matières réservées à la loi ».

→ extension de compétence du pouvoir législatif

C'est le pouvoir réglementaire qui encadre la vie économique = ordonnance de l'article 38.
= transformation d'un EP en SA

Les autres titulaires du pouvoir en matière économique :

- le préfet (autorisations)
- CDEC (donne un avis au préfet qui rend sa décision)
- **CE, 1942, Monpeurt** : les personnes morales de droit privé peuvent être investies d'un pouvoir réglementaire pour réglementer l'accès au marché.

2. Le règne du « subnormatif »

CE, 1970, Crédit foncier de France : les directives administratives orientent le pouvoir discrétionnaire de l'administration

- sont opposables
- les actes qui en découlent sont attaquables

Les circulaires : disent comment appliquer certaines idées

Loi 13 août 2004, Acte II décentralisation : nécessité d'une **circulaire du 26 janvier 2006** relative aux aide des CL pour les entreprises.

= le législateur pose de grands principes que les circulaires et directives mettent en application

C. Les sources jurisprudentielles

Rôle en déclin.

But de limiter l'action économique des personnes publiques pour protéger la liberté d'entreprendre des personnes privées.

CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : les personnes publiques ne peuvent agir qu'en cas de carence, insuffisance, inadéquation de l'initiative privée.

EXTENSION

- **CE, 29 avril 1970, Unipain** : possible pour répondre à ses propres besoins
- **CE, 12 juillet 1939, Chambre syndicale des maîtres buandiers de St Etienne** : possible quand l'activité entre dans les attributions mêmes de la personne publique (bains douches = salubrité)
- **CE, 23 juin 1972, Sté La plage de la forêt** : pas besoin de carence pour créer une piscine municipale

EVOLUTION sous l'influence **COMMUNAUTAIRE**

- **CE, 3 novembre 1997, Million et Marais** : l'ordonnance de 1986 est dans le bloc de légalité du JA = consécration du principe de l'égale concurrence
- **CE, 16 octobre 2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux**
- **CE Avis, 8 novembre 2000, Sté Jean Louis Bernard Consultant** : une personne publique peut candidater et obtenir soit un MP, soit une DSP
- **CE, 5 septembre 2001, Guiavarc'h** : une personne morale de droit public peut candidater à de la commande privée (CNRS)

§2. Les principes fondateurs du DPE

Deux types de principe :

- encadrement et limitation de l'activité économique des personnes publiques
- principes interventionnistes qui encouragent l'activité économique (- nombreux)

A. Les principes interventionnistes

Trois principes :

- principe de participation
- principe de nationalisation
- principe de planification

Volonté d'interventionnisme des pouvoirs publics

1. Le principe de participation

Celui qui a le moins de poids aujourd'hui.

Al 8 du préambule de la Constitution de 1946 : « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »

= démocratie économique

Vocation à s'appliquer au secteur public en priorité.

En réalité, les travailleurs n'ont jamais eu accès à la direction de l'entreprise.

MAIS le législateur pourrait le permettre grâce à cette base constitutionnelle.

DONC l'Etat pourrait intervenir dans la sphère économique.

2. Le principe de nationalisation

Al 9 du préambule de la Constitution de 1946 : « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »

= obligation positive de nationalisation

Deux possibilités :
- SP national
- monopole de fait

MAIS ce principe joue un rôle différent après 1946 :

- pas d'effet contraignant pour forcer le législateur à nationaliser

- pas de définition d'un service public national : **DC, 25/26 juin 1986, constitutionnalité des lois de 1986** : des services publics ne peuvent être nationalisés que si ce sont des services publics constitutionalisés. Cela concerne donc les prérogatives régaliennes de l'Etat.

Les services publics nationaux qui peuvent être privatisés ou délégués à une personne privée : « le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé »

► Monopole de fait :

- définition négative du Conseil Constitutionnel, vision restrictive

- l'alinéa 9 justifie la privatisation

- le Conseil Constitutionnel adopte une vision globale et ne contrôlera que l'EMA (grande part d'interprétation)

- s'apprécie au regard de l'ensemble des activités de l'entreprise, au regard des concurrents

 - situation monopolistique sans être une position dominante

 - monopole global sur l'ensemble du marché au niveau national

 - le monopole constitue une **PART PREPONDERANTE** dans les activités de l'entreprise (appréciation souveraine du Conseil Constitutionnel)

► Service public national :

- Si une activité présente un caractère de service public national elle doit être assurée par une entreprise publique

MAIS la privatisation est possible si l'activité perd son caractère de service public national et cela par le législateur

SAUF si c'est un service public national dont la nécessité découle d'un principe à valeur constitutionnelle

= besoin d'une révision constitutionnelle et pas seulement d'une loi

- les services publics constitutionnels ne sont pas définis

- les conditions d'un service public national

 - non local

 - organisation fixée au plan national

 - service public confié à une seule entreprise

Conditions cumulatives

Les notions de monopole de fait et de service public nationaux sont très restrictives donc la privatisation est facile.

Jurisprudence :

- **CE, Avis, 25/29 août 2005, Privatisation** : « les biens que constituent les autoroutes font partie du domaine public de l'Etat même lorsque leur exploitation est concédée. D'autre part, aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'implique que le service public national d'exploitation des autoroutes soit confié à des sociétés dont les personnes publiques détiennent la majorité du capital »
= la privatisation est donc possible même s'il s'agit d'un service public national

EVOLUTION au contentieux :

- **CE, 27 septembre 2006, M.Bayrou et autres** : privatisation de sociétés d'autoroutes possibles car l'Etat ne détient pas la majorité du capital et les parts ne peuvent être ajoutées. Même si c'est un service public national ce n'est pas un monopole de fait, l'Etat n'a pas la majorité du capital et ce n'est pas réellement une privatisation. Le service public national doit être mis en œuvre au niveau national par une seule personne publique, or ce n'est pas le cas des autoroutes.

- **DC, 30 novembre 2006, privatisation de GDF** :

· Est-ce un monopole de fait ? NON donc pas d'obligation de rester propriété de l'Etat

· Est-ce un service public national ? Si oui = propriété publique obligatoire

Si non = pas de propriété de l'Etat obligatoire.

Ce n'est pas un monopole de fait car cette énergie est substituable

Ici le Conseil dispose pour la définition d'un service public national qu'il « appartient au législateur de déterminer les activités qui doivent être ainsi qualifiées en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise. Que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée. Toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive la dite entreprise en en faisant un service public national »

DONC

- **le législateur peut supprimer un service public national**

- **pour privatiser, l'opérateur doit perdre les caractéristiques de gestionnaire d'un service public national**

= privatisation possible de GDF dès le 1^{er} juillet 2007 car il y a des concurrents

3. Le principe de planification

Pas d'obligation de planifier.

A 25 Constitution de 1946 : « le Conseil Economique est obligatoirement consulté sur l'établissement d'un plan économique national »

A 70 Constitution de 1958 : « on doit soumettre pour avis au Conseil Economique et social tout plan ou projet de loi de programme à caractère économique ou social »

= principe potentiel peu contraignant

B. Les principes encadrant l'interventionnisme des personnes publiques

Six principes : - le droit de propriété

- la liberté d'entreprendre

- le principe d'égalité

- le principe de spécialité

- le principe de sécurité juridique

- les libertés communautaires

1. Le droit de propriété

A 17 DDHC : droit fondamental, inviolable et sacré

= limite l'action économique des personnes publiques

COMPLEMENTS : - A1 1^{er} protocole additionnel à la CESDH = valeur supra constitutionnelle

Les personnes publiques peuvent cependant exproprier

MAIS juste et préalable indemnité, on protège moins le bien que la valeur qui les est accordée

- **DC, 25/26 juin 1986, Privatisation** : « la protection de l'article 17 ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques »

= si motif d'intérêt général, l'expropriation est possible

2. La liberté d'entreprendre

Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 : « il sera libre à toute personne de faire tel négoce u d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »

Loi Le Chapelier, 14 et 17 juin 1791 : suppression des corporations (abrogé)

DC, 16 janvier 1982, Nationalisations : la liberté d'entreprendre est globale et comprend d'autres libertés comme la liberté du commerce et de l'industrie, la libre concurrence, la liberté professionnelle,...

► La valeur de la liberté d'entreprendre :

- **CE, 28 octobre 1980, Martial de Laboulay** : PGD

- **DC, 13 janvier 2003, relative à la loi sur les 35 heures** : « pas d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre » = valeur constitutionnelle

Concernant la valeur des libertés qui découlent de ce principe, la juge ne s'est pas prononcé.

Il faut **TOUJOURS** justifier le refus d'une liberté totale.

3. Le principe d'égalité

Valeur constitutionnelle quand ce principe peut être rattaché à un texte du bloc de constitutionnalité.

CE, 9 mars 1951, Sté des concerts du conservatoire : si pas de rattachement c'est un **PGD**

CE, 1954, Barel : égalité d'accès à la fonction publique

DC, 16 janvier 1982, nationalisations : « le principe d'égalité n'en et pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes publiques »

► Deux conséquences :

- mesures négatives = d'abstention ;

Respect de l'égalité des agents économiques par les pouvoirs réglementaires, législatifs et l'administration.

Pas d'avantage possible pour un agent économique.

- mesures positives ;

= mesures pour maintenir ou rétablir l'égalité.

L'égalité n'est cependant pas l'uniformité : il est possible de favoriser une catégorie d'opérateurs.

Ex : accès plus facile des PME à la commande publique.

L'égale concurrence se fait entre les opérateurs privés et publics.

4. Le principe de spécialité

= toute personne morale voit sa compétence limitée à l'objet qui lui a été assigné au moment de sa création.

Cas des EP : ce principe limite l'action des EP

► Les avantages de l'EP :

- **C.Cass, 21 décembre 1987, BRGM** : les biens des EP sont insaisissables

- pas de mise en liquidation judiciaire possible

- l'EP est crée pour une activité que la personne publique peut gérer en toute autonomie

- l'EP permet d'agir dans la sphère économique pour concurrencer les opérateurs privés

► Les désavantages de l'EP :

- plus adapté à la sphère économique = transformation en SA

- difficultés à nouer des partenariats monopolistiques **CAR** l'Etat ne peut pas ouvrir son capital à d'autres opérateurs **DONC** pas de réciprocité possible.

- pas d'accès au marché boursier

- peu attirant pour les opérateurs privés qui n'auront aucun pouvoir de direction sur l'EP

- le principe de spécialité freine leur développement **CAR** les activités secondaires diversifiées ne sont pas permises

CE, Avis, 15 juillet 1992, activité de la RATP : « la spécialité de l'EP ne saurait être interprétée comme lui interdisant des activités qui sont le complément de sa mission et qui présentent des intérêts pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci »

= autres activités possibles si elles sont le complément de l'activité principale

CE, Avis, 7 juillet 1994, activité d'EDF et de GDF : « il faut que ces activités annexes soient, d'une part, techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale ou au moins connexes à ces activités, et, d'autre part, que ces activités soient au moins d'intérêt général et directement utiles notamment dans son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir faire de son personnel, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences »

= réduction des activités possibles

= réduction du champ du principe de spécialité

► L'intervention des EP par le biais de filiales :

CE, Avis, 7 juillet 1994, EDF-GDF : l'EP peut agir par le biais de filiales mais elles sont soumises au même principe de spécialité que l'EP.

DONC l'opérateur privé devra respecter le principe de spécialité si un EP y a une participation.

BUT : éviter la « privatisation rampante d'activité »

CE, 24 novembre 1978, Syndicat national des personnels de l'énergie atomique : la privatisation doit être autorisée par la loi **CAR** sinon risque que l'activité devienne privée.

MAIS EVOLUTION CE, 11 juillet 2001, Syndicat CGT de la Sté Clemessy : le principe de spécialité n'aura à être vérifié que si l'EP exerce une « influence dominante sur l'entreprise » = cas par cas

DONC un EP peut se diversifier avec des participations dans le capital d'opérateurs privés

► Transformation des EP en SA :

- on privatise les outils et non le capital de l'entreprise
- on privatise les instruments = socialisation de l'activité

5. Le principe de sécurité juridique

Obligations à respecter :

- non rétroactivité de la règle
- respect des droits acquis
- prévisibilité de l'évolution de la règle juridique

► En DPE ces obligations ont des limites :

- problème de la rétroactivité ;

Certaines règles sont rétroactives

Il existe des lois de validation qui valident des règles annulées

Ex : construction du Stade de France en dépit des règles communautaires **MAIS** loi de validation

CE, 1961, Vannier : pas de droit acquis au maintien de la réglementation **CAR** **principe de mutabilité**.

MAIS principe de la « **confiance légitime dans la réglementation en vigueur** » : il faut offrir au sujet de droit une permanence dans la réglementation en vigueur.

DC, 30 décembre 1996 : « aucune norme constitutionnelle ne garantit un principe dit de confiance légitime » = refus de ce principe dans un premier temps

PUIS - **CE, 11 juillet 2001, FNSEA** : en l'espèce seulement le principe de la confiance légitime est applicable **CAR** il s'agissait de la PAC donc on applique les règles communautaires (matière communautaire) **MAIS** la baisse des quotas laitiers était prévue par la PAC donc pas d'annulation du décret attaqué.

- **CE, 24 mars 2006, KPMG** : le principe de confiance légitime est un PGD autonome par rapport au droit communautaire **DONC** le contexte communautaire n'est plus utile.

- **CE, 13 décembre 2006, Madame Lacroix** et **CE, 25 juin 2007, Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères** : pas de droit acquis à la réglementation en vigueur **MAIS** il existe le principe de confiance légitime

= développement d'un « droit transitoire »

DONC quand le pouvoir réglementaire modifie le droit en vigueur il doit mettre en place une **REGLEMENTATION TRANSITOIRE** pendant un temps pour éviter de changer trop vite les règles.

6. Les libertés communautaires

Traité de Rome, 25 mars 1957 : le droit communautaire est avant tout un droit économique

► <u>Quatre grandes libertés</u> :	- libre circulation des personnes	Encadrement des droits nationaux = limitation de l'action économique des personnes publiques
	- libre circulation des services	
	- libre circulation des marchandises	
	- libre circulation des capitaux	

CONSEQUENCES :

- tous les comportements économiques de l'Etat et des CL sont encadrés par le droit communautaire.
- tous les moyens d'action des personnes publiques sont encadrés par la Commission Européenne
- les libertés communautaires encadrent l'action économique des personnes publiques

Loi 13 août 2004, acte II = A L 1511-1-1 CGCT : les CL sont assujetties aux règles du traité.

Chapitre II. Les formes traditionnelles de l'interventionnisme économique des personnes publiques

Deux types d'outils :

- outils d'interventionnisme lourd = instruments programmatiques utilisables seulement par l'Etat (planification, aménagement territorial,...)
- outils à la disposition de toutes les personnes publiques = versement d'aides aux entreprises, SEML, montages contractuels complexes (usines relais, pépinières d'entreprises,...)
= deviennent inadéquats

Loi 5 janvier 1988 : multiplication des outils de droit privé utilisés par les personnes publiques (bail emphytéotique,...)

Juillet 2007, révision générale des politiques publiques : analyse des actions et des dépenses de l'Etat et des CL dans le but de proposer en 2008 une réorganisation des politiques publiques entre 2009 et 2011 = fusion ANPE/ASSEDIC ; Trésor public/Ministère des finances.

§1. L'aménagement et la planification du territoire

L'Etat préfère l'incitatif.

DONC le contractuel remplace l'unilatéral.

Les techniques ont évoluées mais ont trois caractères communs :

- caractère programmatique
- instruments centralisés
- instruments contraignants

A. Des instruments programmatiques

L'Etat a une vocation générale.

L'Etat inscrit la programmation dans la durée pour tout le territoire avec des objectifs sociaux, culturels,...

Lois Defferre 1982 :

- mise en place des contrats de plan Etat/régions
- conformément aux besoins des régions

DATAR :

- 1983
- pour l'aménagement du territoire
- administration de missions pour désengorger Paris en modernisant le territoire = rééquilibrage

Loi 4 février 1995, Voynet : l'aménagement durable du territoire est un des objectifs de la politique de cohésion économique et sociale menée par l'Etat = développement durable.

Ce ne sont pas des matières autonomes :

- urbanisme
- schémas
 - schéma directeur d'Ile de France
 - schéma d'aménagements territoriaux
 - plans spécifiques
 - zones prioritaires de développement économique

Ces schémas se prorogent sur plusieurs années.

Multiplication des zones différenciées : lois montagne et littoral

Développement de secteurs particuliers : Loi sur les transports intérieurs (LOTI)

B. Des instruments centralisés

Planification économique et aménagement du territoire = au niveau **ETATIQUE**
= **PAS** par les collectivités

► La planification :

- seconde guerre mondiale : commissariat général au plan (Matignon)
- **loi 29 juillet 1982** : commission nationale de planification = création des contrats de plan Etat/Région

MAIS ce n'est pas une liberté contractuelle car c'est l'Etat qui le définit.

Ils traduisent plus la volonté de l'Etat que les besoins des régions.

CONSACRE par **DC 1982**

SUPPRESSION par le **décret du 6 mars 2006** : création du centre d'analyse stratégique (rattaché au premier ministre sans pouvoir de décision). On tient compte des politiques publiques nationales et communautaires.

Développement des contrats de plan Etat/Régions :

- adoptés conformément aux orientations générales de l'Etat
- outils de recentralisation des compétences
- pas d'égalité entre les parties
- négociés pour 6 ans (2000-2006)
- nouveau nom : **contrat de projet Etat/Régions**. Ils doivent se recentrer autour de trois directions
 - compétitivité et attractivité du territoire
 - promotion du développement durable
 - cohésion sociale et territoriale
- chaque région signe un contrat avec l'Etat
- versement des sommes que si l'on suit une des trois directions
- pour 2007-2013
 - Etat = 38% des sommes apportées
 - Régions = 62% des sommes apportées
- avant l'Etat apportait la majorité MAIS cela implique que c'est lui qui décidait
- cofinancement = recentralisation des décisions
- les CL ont une plus grande marge de manœuvre
- financement aussi par l'UE (TGV Lyon-Turin)
- les CL se plaignent du non respect des engagements contractuels de l'Etat

► Le statut juridique des contrats de plan :

- dès le 10^{ème} plan ils sont devenus autonomes

Au 11^{ème} ils étaient même adoptés avant le plan de la nation

- révisables en cours d'exécution par des avenants (cas des changements de gouvernement)
- pour certains il faut des contrats d'application pour les mettre en œuvre
- **loi 1982** : ils doivent contribuer à la réalisation d'objectifs comparables avec ceux du plan de la nation

On parle de négociation avec les CL, les entreprises publiques et privées.

- **DC, 13 juillet 1983, convention fiscale sur la Nouvelle Calédonie** : aucun principe ou aucune règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des contrats avec les CL

LIMITE l'Etat ne doit pas empiéter sur le pouvoir du législateur ou contre sa volonté

- on parle de clause contractuelle et d'engagement réciproque

MAIS le plan est unilatéral alors qu'un contrat induit une négociation

DONC **CE, 8 janvier 1988, Synchronon** : le contrat de plan a un caractère contractuel

CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire Ecologie : les contrats de plan n'ont pas de force obligatoire donc aucun recours n'est possible contra la décision de ne pas le conclure

CE, 19 novembre 1999, Fédération syndicaliste des travailleurs de la PTT : le contrat de plan est un contrat donc les tiers ont un intérêt à agir contre les actes détachables. La décision de conclure un contrat de plan et un acte détachable.

CAA Lyon, 21 juin 2001, Nardonne c/ Région Rhône Alpes : le contrat n'emporte aucune conséquence directe quant à la réalisation mais les tiers peuvent demander l'annulation des actes détachables donc la décision de signer.

Le **17 septembre 2003**, la ministre à l'aménagement du territoire annonce la fin des contrats de plan.

En 2004 l'Etat engage un bilan

Puis on aboutit aux contrats de projet

La DIACT assure la coordination des objectifs des contrats de projet Etat/Régions.

► L'aménagement du territoire :

- mission largement exécutée par la **DATAR** + comité interministériel d'administration du territoire (CIAT)
- la Délégation Interministérielle à l'Aménagement et à la Compétitivité du Territoire :
 - **décret 31 décembre 2005**

Succède à la DATAR (14 février 1963)

- volonté du gouvernement de promouvoir l'attractivité du territoire national avec une solidarité vers les zones fragiles
- introduction de la notion de compétitivité
- chantiers 2006-2007
 - attractivité économique
 - rayonnement européen des métropoles
 - développement rural avec des zones d'excellence

= reprise des missions de la DATAR

- rattachement au premier ministre, c'est lui qui décide
- objectif mis sur le développement économique des territoires
- fonds dans les ministères pour l'aménagement des territoires
 - = **FIAT** : fonds interministériel pour l'aménagement du territoire
- aménagement par la délocalisation de grandes écoles, d'administrations,...

C. Des instruments peu contraignants

► La planification :

- peu contraignante
- accent sur des recommandations avec des objectifs généraux
- pas de contentieux si non respect du plan par une partie (pas de responsabilité contractuelle)
- engagement plus moral que juridique = droit contractuel souple

► Le contrat de plan :

- nature juridique floue
- **CE, 8 janvier 1988, Ministre du plan et de l'administration du territoire c/ communauté urbaine de**

Strasbourg : les contrats de plan sont des contrats administratifs

MAIS « la méconnaissance des stipulations d'un tel contrat ne peut être utilement invoqué comme moyen de légalité à l'appui d'un REP formé contre une décision administrative. En revanche, en cas de préjudice, cette violation peut ouvrir droit à réparation »

- **CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire Ecologie** : « ce contrat n'emporte, par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou des opérations qu'il prévoit »

= pas d'obligation de l'Etat de respecter ses engagements

► Les contrats de projet Etat/Régions font naître d'autres contrats : incertitude quant à leur nature

► Les directives d'aménagement :

- orientation par l'administration de l'aménagement du territoire
- actes unilatéraux

► Les contrats de bassins (= de pays) :

- regroupement de territoires sans lien physique mas avec des activités proches
- bassins d'emploi
- les CL travaillent sur des thématiques communes

➡ **Outils plus incitatifs que contraignants.**

► La loi peut favoriser l'aménagement :

- incitations fiscales
- **loi 23 février 2005, développement des territoires ruraux** = les CL peuvent financer l'implantation de professionnels de santé

§2. Les nationalisations et privatisations

- ▶ Deux caractéristiques :
 - instruments datés
 - instruments surveillés par le droit communautaire

A. Des instruments datés

Les buts des nationalisations ont été atteints  Baisse du recours aux nationalisations.

- ▶ Trois raisons de la nationalisation :
 - appropriation des richesses dites vitales
 - modernisation et restructuration de l'économie
 - contrôle et façonnement de la société

DONC ces buts peuvent perdurer avec des propriétés privées :

- secteur audiovisuel
- secteur bancaire

- ▶ Raisons de la privatisation :
 - ouverture à la concurrence de secteurs nationalisés (EP = SA)
 - triangle de l'économie libérale = désengagement de l'Etat
= la planification devient désuète
 - volonté de l'Etat de retrouver des ressources financières = préservation des deniers publics **CAR** pas d'injection d'argent dans une entreprise en difficulté

- ▶ Raisons du retour à la nationalisation :
 - motivation politique
 - motivation stratégique : besoin de contrôle permanent de l'Etat (nucléaire, défense,...)

- ▶ L'incitation à la privatisation :
 - européenne
 - transformation de l'économie de l'Europe de l'Est avant d'entrer dans l'UE
 - programme TACIS : financement communautaire pour les pays de l'ex URSS s'ils privatisent leur économie

B. Des instruments surveillés par le droit communautaire

A 295 CE : la nationalisation appartient à l'Etat

- ▶ Les contrôles de la Commission et de la CJCE :
 - limitation ou non de la libre prestation de service, de la libre circulation des marchandises, travailleurs et capitaux
 - la nationalisation offre t-elle un moyen de reconstituer des monopoles publics ? (A 37 CE)
 - la nationalisation ou la privatisation offre t-elle des aides publiques au mépris des règles du traités CE ?

- ▶ Le cas des actions réservées / spécifiques :
 - l'Etat peut privatiser et garder des actions spécifiques

MAIS CJCE, 4 juin 2002, Commission c/ Portugal et CJCE, 2 juin 2005, Commission c/ Italie : la Commission a lancé des recours en manquement

DONC principes cumulatifs pour que les actions réservées soient possibles :

- assurent la protection d'intérêts vitaux ou stratégiques de l'Etat (approvisionnement énergétique, défense,...)

- fondement sur des critères non discriminatoires = prévisibles
- proportionnalité avec les objectifs poursuivis = pas de pouvoir discrétionnaire de l'Etat
- = « **mesure impérieuse d'intérêt général** »

§3. L'octroi d'avantages financiers

A. A l'origine par l'Etat

► Utilisation première par l'Etat :

- pour suppléer les investisseurs privés pour les grands travaux
- pour faire face à des crises conjoncturelles ou structurelles

► Les mécanismes d'aides par l'Etat :

- versement de subventions
- rachat de créance à un prix supérieur à leur valeur réelle = prise de participation sur évaluée dans le capital, investissements de capitaux sans retour d'investissements,...

CJCE, 18 octobre 2007 : FT condamné à 1 100 000 000 € car exonération de la taxe professionnelle par l'Etat

► L'intervention des collectivités locales dans l'économie :

Trois périodes :

- interdiction
- autorisation
- encadrement

- l'interdiction ;

Seul l'Etat pouvait intervenir dans l'économie.

- l'autorisation ;

Les CL sont confrontées aux contraintes économiques et doivent répondre à des besoins sociaux.

L'autorisation est permise par la Vème République.

- l'encadrement ;

Trois limites : · l'autonomie des CL est encadrée

- encadrement par le législateur
- soumission aux règles de la concurrence dans certains cas

► **Lois Defferre 1982 :**

- les CL peuvent verser des aides aux entreprises

Loi 27 février 2002, Démocratie de proximité : modification des aides

- régime stable jusqu'au 13 août 2004 (1^{er} janvier 2005)

MAIS loi du 13 août 2004 :

- disparition de la distinction des aides directes et indirectes
- primauté régionale qui contrôle l'ensemble des sommes versées sur le territoire de la région. La région acquiert un poids économique que les CL perdent.

- les CL ne peuvent verser des aides que pour le développement d'activité économiques ou pour la création d'emplois

- aides d'abord versées par la région. Complément possible par les autres collectivités.

- aides réglementées selon leur type :
 - garanties d'emprunt des CL auprès des banques
 - critères maximums de prêts
 - rabais sur les terrains avec un taux d'aide minimum

- aides attribuées sous deux formes :
 - unilatérales
 - contractuelles

= 3 milliards par an

= soumission au droit communautaire

► Les différentes aides des collectivités locales :

- convention passée avec la région = cofinancement
- avec l'accord de la région

Mise en conformité avec le droit communautaire par la notification par la région qui transmet un rapport à l'Etat pour qu'il remplisse ses obligations communautaires (transmission à la Commission).

B. L'existence d'un contrôle communautaire

CAR l'Etat ne peut pas se contrôler lui-même.

TCE 1957 : - souhait d'un contrôle communautaire de l'octroi d'avantages financiers

- **INTERDICTION DES AIDES**

Seul contrôle supra étatique mondial (embryon de contrôle à l'OMC).

1. Les fondements textuels du contrôle communautaire des aides publiques

A 87 CE : règles de fond

A 88 et 89 CE : règles de procédures (A 89 utilisé pour la première fois en 2001)

► L'article 87 CE :

▪ **A 87 §1 :** - détermine les éléments constitutifs de l'aide d'Etat

→ l'origine de la mesure : par l'Etat, par des ressources d'Etat (comprend les CL et les aides privées sur des fonds publics)

→ la sélectivité de la mesure : si mesure générale = **PAS** d'aide
si mesure sélective = aide

→ la mesure qui favorise une entreprise est une aide **CAR** l'aide économique peut être neutre (si compensation d'obligations de service public = COSP)

→ la mesure doit fausser ou menacer de fausser la concurrence interne ou entre Etats membres pour qu'il y ait une aide.

➡ **Incompatibilité des aides avec le TCE**

Si l'aide est incompatible, l'Etat doit la modifier ou la supprimer. En cas de non exécution, sa responsabilité peut être engagée et il y a une récupération du denier public (l'entreprise doit rembourser les aides perçues).

▪ **A 87 §2 :** - formule les dérogations de plein droit au principe d'incompatibilité des aides

- aides compatibles de plein droit

→ à caractère social octroyées au consommateur individuel (prime de Noël)

→ destinées à remédier à des calamités naturelles ou des événements

extraordinaires

→ octroyées aux régions affectées par la division de l'Allemagne

▪ **A 87 §3 :** - formule des aides qui peuvent être déclarées compatibles par la Commission

- quatre catégories → destinées à favoriser le développement économique de régions où le niveau de vie est anormalement bas ou où sévit un grave sous emploi

→ destinées à promouvoir un projet d'intérêt européen

→ destinées à faciliter le développement de certaines activités ou

régions économiques
patrimoine

→ destinées à la promotion de la culture ou de la conservation du

➡ **Pouvoir discrétionnaire de la Commission MAIS encadrement par les principes communautaires**

2. Les modalités de contrôle des aides d'Etat

A 88 TCE

PUIS règlement 29 mars 1999 = codification

Les obligations à respecter pour verser des aides :

- notification préalable à la Commission

CJCE, 11 juillet 1996, SFEI : toute aide non notifiée est considérée comme illégale = restitution de la somme SAUF pour les aides inférieures à 200 000 euros dans certains secteurs qui n'ont pas besoin d'être notifiées.

- obligation d'abstention = pas d'exécution avant l'accord
- pouvoir discrétionnaire de la Commission pour se prononcer sur la compatibilité de la mesure
- examen en deux temps :
 - est-ce une aide ?
 - est-elle compatible ?
- pas d'effet direct des dispositions de l'A 87 TCE

MAIS exception pour l'article 87§3 = effet direct

- s'applique aussi aux CL qui sont responsables en cas de violation des règles du traité CE (avant responsabilité de l'Etat pour les violations des CL)

Circulaire 26 janvier 2006 : responsabilité des CL

§4. L'utilisation d'outils sociétaires

Deux types : - entreprise publique
- SEML

A. Les entreprises publiques

Le secteur public est plus large que l'entreprise publique.

► Secteur public : tous les moyens possibles d'intervention des personnes publiques dans la sphère économique.

Les entreprises publiques diminuent en nombre MAIS elles conservent un rôle fondamental dans l'économie française.

1. La définition de l'entreprise publique

1946, recensement du secteur public industriel et commercial de Robert Schuman : naissance de la notion d'entreprise publique. C'était une période de fortes nationalisations.

Comprend deux notions : - entreprise : idée d'une autonomie de gestion
- publique : intervention de l'Etat ou d'une personne publique

Il existe différentes formes d'entreprises publiques donc avec différents statuts juridiques.

L'article 34 de la C° de 1958 ne vise que les entreprises du secteur public et non les entreprises publiques.

► Pas de définition de l'entreprise publique donc on choisit l'énumération :

- loi 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public
- EPIC de l'Etat qui a un personnel de droit privé
- EP mixte
- SEM
- entreprise nationale
- SA dont l'Etat a au moins la majorité du capital (biens de l'actif d'un patrimoine)
- SA dont le capital social (apport en numéraire et en nature) est détenu depuis 6 mois au moins par l'Etat ou ses EP

► Indices donnés par le CE pour définir une entreprise du secteur public:

- CE, 24 novembre 1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CDFT et M.Schwartz :
théorie de l'institutionnalisation

MAIS abandon de cette théorie avec CE, 22 décembre 1982, SFENA

« une entreprise appartient au secteur public dès lors que la majorité au moins de son capital social appartient à l'Etat, aux collectivités publiques, aux EP ou à des entreprises du secteur public »

Apports : = l'institutionnalisation n'est pas nécessaire

= pour calculer la majorité du capital on prend en compte l'ensemble des participations des personnes publiques et pas seulement les participations de l'Etat

= la compétence du transfert revient au législateur et non au pouvoir réglementaire

= pour qu'une entreprise appartienne au secteur public, les pouvoirs publics doivent avoir la majorité du capital

► Les conditions cumulatives pour qu'une entreprise soit une entreprise publique :

- exercice d'une activité industrielle et commerciale

- personnalité juridique distincte de celle de l'Etat ou des CL

MAIS elle peut être une personne morale de droit privé ou public

- appartenance au secteur public = majorité du capital détenu par une ou plusieurs personnes publiques

APPLICATION JURISPRUDENTIELLE :

CE, 6 décembre 1996, Sté Lambda : « eu égard à son statut de droit privé et à la composition de son capital, le crédit foncier de France est une entreprise privée »

= l'appartenance du capital est la condition essentielle

► Trois formes principales de l'entreprise publique :

- SEM ;

- SA à capitaux mixtes ;

- EP

SEM :

- personne morale de droit privé (SA = loi de 1966)

- DL Poincaré, 5 novembre 1926

- loi 7 juillet 1983, statut général des SEM

- structure hybride dont l'objectif est de donner les structures territoriales des CL avec les souplesses du droit privé

- dérogation au CGCT : - L 1522-1 : les CL doivent détenir la moitié du capital social et des voix des organes délibérants (entre 51% et 85% du capital)

- création des SEM pour des opérations d'aménagement, de construction, d'exploitation des SPIC ou toute autre activité d'intérêt général.

Les trois critères sont remplis ➡ Entreprise publique

► Définition communautaire de l'entreprise publique :

Directive 25 juin 1980, Transparence (modifié par la directive du 26 juillet 2000) : « il faut entendre par entreprise publique toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une **INFLUENCE DOMINANTE** du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »

= transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques

= toute entreprise qui exerce une activité économique indépendamment de son statut ou de son mode de financement

= même avec 1% du capital l'influence peut être déterminante

= imposition du critère matériel et non du critère organique

MAIS présomption d'influence dominante si : - les personnes publiques détiennent la majorité du capital

attachées aux parts émises par l'entreprise
moitié des membres de l'organisation
= les critères communautaires s'imposent

- les personnes publiques détiennent la majorité des voix
- quand les pouvoirs publics peuvent désigner plus de la

CJCE, 1991, Höfner : l'entreprise a une finalité économique

Directive de 2000 : - double obligation de transparence

→ dans les relations financières entre les pouvoirs publics et l'entreprise publique

→ vis-à-vis de la Commission

2. Les missions de l'entreprise publique

- Les missions :
- activité de service public
 - aucune activité de service public

Seul point commun : activité industrielle et commerciale

3. Les contraintes pesant sur l'entreprise publique

Pas de contraintes uniformes.

MAIS certaines contraintes s'appliquent à toutes les entreprises publiques :

- **A L 133 CJF** : vérification des comptes des entreprises publiques par la Cour de Comptes
- dispositions statutaires : âge limité du dirigeant, durée des fonctions,...
- obligations de la directive transparence pour les Etats membres
 - faire apparaître tous les transferts financiers aux profit des entreprises publiques
 - garde des informations pendant 10 ans
 - rapport annuel de l'Etat à la Commission
- obligations de la directive transparence pour les entreprises publiques
 - comptabilité analytique : **distinction des sommes affectées au financement d'une activité de service public des sommes versées pour des activités concurrentielles.**
- vis-à-vis des entreprises publiques l'Etat est à la fois actionnaire et client

DONC Décret 9 septembre 2004 : **Agence Des Participations de l'Etat** : faire fructifier, protéger, défendre les intérêts patrimoniaux de l'Etat. Rapport annuel sur la compétitivité des entreprises publiques. Devait être consultée pour nommer les dirigeants des entreprises publiques (JMS fait).

Portefeuille composé de 70 entités

Représente l'Etat lors des réunions d'actionnaires

Amélioration de l'efficacité de l'Etat actionnaire

DONC signature d'une charte pour éviter les délits d'initiés : principes généraux pour le bon fonctionnement de l'entreprise publique

B. Les SEML

Les CL peuvent intervenir économiquement

MAIS deux limites :

- matières dans lesquels l'Etat à vocation à intervenir
- respect de la liberté du commerce et de l'industrie

DL Poincaré, 1920 : les SEML existaient mais avec des régimes juridiques éparés

Loi 7 juillet 1983 : création des SEML

COMPLETEE par la **loi du 2 janvier 2002**

= outil ad hoc des CL pour intervenir

= poids économique important (1300 SEML, 65 000 salariés, 11 MD de CA)

1. Une nature juridique hybride

Sécurité juridique du droit public = pouvoir de direction et de contrôle aux CL

+ Souplesse du droit privé.

Loi 24 juillet 1966 : régie les SEML

MODIFIEE par la **loi NRE** (Nouvelle Régulation Economique)

► La **SEML** est une **SA** soumise au code de commerce

MAIS une SA avec des particularités :

- les CL **DOIVENT** être majoritaires au capital
- les CL **DOIVENT** disposer d'un pouvoir de contrôle sur les organes de direction (entre 51% et 85% du capital), représentation dans les organes dirigeants.
- la SEML est une entreprise publique en droit communautaire (car influence forcément dominante) et en droit français (car 51% du capital au moins)

► La constitution d'une SEML (diverses manières selon le secteur d'activité) :

- règles différentes pour le capital et les aides pour la construction d'immeubles à usage d'habitation
- régime dérogatoire pour les SEML en matière de remontées mécaniques construites avant 1983
- les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) sont détenues à 100% par les CL et sont des SEML

2. Un objet social limité

► Raisons de la création d'une SEML :

Loi 7 juillet 1983 : « le recours à une SEML est possible que pour réaliser des opérations **d'aménagement, construction, exploitation de SPIC** ou pour toute autre activité d'intérêt général »

= pas de but exclusivement lucratif

CAA Paris, 11 mai 2004, Commune d'Azoir-la-Ferrière : la vente de produits dérivés par une SEML est interdite.

► Les obligations des SEML :

- respect de la liberté du commerce et de l'industrie
- respect des règles de l'égale concurrence
- exister pour une mission d'intérêt général

► La définition de l'intérêt général :

- parfois l'intérêt général est imaginatif
 - **CAA Nancy, 15 mars 2007, SEM Reims Champagne** : si une **mission** est **complémentaire** d'une mission d'intérêt général principale et qu'elle a un **intérêt public local** elle est valable.
- La seule limite est le besoin local **MEME** sans carence du privé.

3. Des contrôles multipliés

Ce sont les mêmes contrôles qui s'appliquent aux SA **CAR** les SEML sont des SA.

► Les différents contrôles :

- d'un commissaire aux comptes (seulement pour les SEML)
- des CL
- du préfet
- du JA
- des CRC

= contrôle par des personnes publiques ou des règles du droit privé

► L'étendue du contrôle :

- **loi 7 juillet 1983**
- élargissement de l'objet social d'une SEML = accord préalable des CL actionnaires
- rémunération des membres du Conseil d'Administration (ce sont des élus) = décision de la CL
- augmentation de la participation au capital de la SEML par la CL = contrôle du préfet qui peut déférer au JA ou saisir la CRC
- rapport annuel de la SEML transmis à chaque assemblée délibérante des CL

PARTIE II. Le renouveau du droit public économique

► Nouvelles contraintes :

- droit communautaire
- ordonnance 1^{er} décembre 1986 = règles de concurrence

► Deux évolutions :

- respect de principes inhérents aux personnes publiques et certains inhérents aux personnes privées
- principe de l'égalité de concurrence = une personne publique a les mêmes droits qu'une personne privée

► Les raisons de l'action des personnes publiques dans la sphère économique :

- l'intérêt général

► Trois questions se posent :

- le droit de la concurrence et les personnes publiques
- les modifications de l'action économique des personnes publiques par les règles de concurrence
- l'avenir de la puissance publique

Chapitre I. L'action des personnes publiques appréhendée par le droit de la concurrence

§1. L'ignorance initiale des règles de la concurrence par les personnes publiques

CE, 23 juillet 1993, CGE : « les actes relatifs à l'organisation d'un service public révèlent l'exercice d'une PPP ne sont pas, en eux-mêmes susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence par le marché »

= pas de soumission aux règles de la concurrence

= les actes administratifs n'ont pas d'effet anticoncurrentiels

CE, 29 janvier 1932, Sté des autobus antibois : la personne publique peut protéger son délégataire et réserver son domaine public pour assurer la continuité du service public

= **exonération des règles de la concurrence**

Trois raisons à cet arrêt :

- avoir une marge de manœuvre pour respecter les principes du service public
- traditionnellement on protège son cocontractant
- soumission aux règles de la concurrence tant qu'elles ne font pas échec aux

missions du service

CE, 2 juin 1972, Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes : « le service du pilotage dans les ports constitue un service public qui s'exerce sur le domaine public de l'Etat. Il appartient à l'autorité administrative d'organiser ce service en vue d'assurer la meilleure utilisation du domaine ; à cette fin elle est en droit, lorsqu'une concurrence serait de nature à compromettre l'efficacité de ce service, de n'en confier la gestion qu'à une seule entreprise »

= **pas de concurrence si c'est un service public**

► Les principes du service public justifient le non respect des règles de la concurrence :

- continuité du service public
- choix intuitu personae du délégataire (après publicité)

Loi Sapin 1993 : mise en concurrence des délégataires de service public pour les CL.

- A 86§2 TCE : « les entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »

= **pas d'application des règles de la concurrence si elles empêchent la mission de SP**

CE, 30 avril 2003, Unisem : un monopole est légal car « les restrictions à la libre concurrence sont justifiées par l'obligation de mettre en œuvre des prescriptions régaliennes décidées par l'Etat, d'entreprendre des opérations

en tous temps et tous lieux en les finançant par une péréquation nationale des dépenses ce qui justifie l'instauration de droits exclusifs » = A86§2 TCE

§2. La soumission progressive des personnes publiques à ces règles nouvelles de concurrence

Partage des compétences entre le JJ et le JA.

A. Les hésitations jurisprudentielles internes

- Application de l'ordonnance de 1986 :
- non pour le JA
 - oui pour le législateur

DONC loi 6 juillet 1987 : retire au CE le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence = CA Paris (JJ)

► Possibilités pour le JA :

- persister à ne pas appliquer l'ordonnance et risquer d'être dessaisi par le législateur
- faire évoluer sa jurisprudence et donc pouvoir tenir compte de la spécificité des personnes publiques pour moduler l'application de l'ordonnance de 1986

DONC TC, 6 juin 1989, Ville de Paniers : l'ordonnance de 1986 s'applique aux personnes publiques pour « autant qu'elles se livrent à des activités de production, de distribution ou de service » = A 53 ordonnance
= le JA est compétent pour contrôler un acte administratif par rapport à l'ordonnance de 1986

Les avancées de Ville de Paniers :

- applicabilité de l'ordonnance pour annuler un acte administratif contraire
- pas de conflit de compétence avec le JJ
- limitation possible de l'application des règles de la concurrence aux personnes publiques
- un acte administratif ne produit et ne distribue rien **DONC** ordonnance inapplicable pour la majorité des actes administratifs. L'acte administratif n'est pas porteur d'effet concurrentiel en lui-même.
- l'ordonnance n'entre donc pas réellement dans le bloc de légalité du JA

TC, 4 novembre 1996, Sté DATA Sport c/ LNFootball : « la nature administrative de l'acte entraîne l'inapplicabilité de l'ordonnance de 1986 à cet acte »

= un acte administratif ne peut pas être anticoncurrentiel

DONC la portée de Ville de Paniers est nulle.

= flou juridique

REVIREMENT CE, 3 novembre 1997, Million et Marais : l'ordonnance de 1986 est dans le bloc de légalité du JA

MAIS l'acte est n'est toujours pas anticoncurrentiel en lui-même.

MAIS ses effets peuvent l'être

DONC si les effets anticoncurrentiels sont directs et certains le JA annulera l'acte : « les clauses d'un contrat de concession ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »

DONC le JA regarde les effets de l'acte.

= **THEORIE DES EFFETS.**

Le JA a un rôle complémentaire de celui du juge de la concurrence, il intervient en amont de la violation de l'ordonnance pour les prévenir.

Le Conseil de la Concurrence fait une appréciation en aval = il regarde les conséquences de l'acte.

Le JA a aussi intégré les règles de la consommation : **CE, 10 juillet 2001, Sté des eaux du Nord**

B. Les certitudes du droit communautaire

Le droit communautaire force le JA français à évoluer dans le même sens.

En droit communautaire le critère organique ne compte pas, on regarde si c'est un opérateur économique.

Les personnes publiques sont donc des opérateurs économiques.

On regarde l'activité.

CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ République Italienne : le ministère des finances (commercialisation du tabac) est un opérateur économique et est donc soumis aux règles de la concurrence.

CJCE, 16 novembre 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) : un organisme qui gère des retraites complémentaires est un opérateur économique car elles ne sont pas obligatoires et est donc soumis aux règles de la concurrence.

CJCE, 11 décembre 1997, Job Center : un bureau public de placement de la main d'œuvre est un opérateur économique et est donc soumis aux règles de la concurrence.

► Les contrôles des pratiques anticoncurrentielles par la Commission :

CJCE, 4 mai 1998, Mme Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées : les CL imposaient souvent un tarif minimal à leur délégataire ce qui est une pratique anticoncurrentielle

► Les contrôles des pratiques anticoncurrentielles par la JA :

- **CE, 8 novembre 1996, FFSA** : la gestion exclusive d'un régime obligatoire de retraite et d'un régime facultatif est interdite car c'est un abus de position dominante (gestion monopolistique de l'Etat).

= annulation d'un acte en confrontation au droit communautaire

MAIS pas encore en confrontation à l'ordonnance de 1986

- **CE, 3 novembre 1997, Million et Marais** : une personne publique peut contrevenir aux règles de la concurrence ce qui entache l'acte d'illégalité

MAIS ce qui compte ce sont les effets de l'acte

Commissaire du gouvernement, Jacques Henri Staal : « l'acte administratif, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral, ou d'un contrat administratif, méconnaît l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, s'il a pour effet, par lui-même, de placer **NECESSAIREMENT** un opérateur économique en situation d'abuser de sa position dominante »

= transposition à la lettre de la jurisprudence communautaire

C. La répartition d'un nouveau contentieux

Juge spécifique de la concurrence (conseil de la concurrence = JJ) + appel à la CA de Paris (JJ).

MAIS seul le JA est compétent pour annuler un acte administratif

DONC = TC

► Arrêt de principe : **TC, 18 octobre 1999, ADP et Air France c/ TAT** : « si le litige met en cause l'exercice d'une PPP ou l'organisation d'un service public, il relève de la compétence de la juridiction administrative qui appliquera le cas échéant le droit de la concurrence. S'il (le litige) ne met pas en cause de tels objets ou si l'acte ou le comportement sont détachables de ces activités de puissance publique ou de SP, le litige relève de la compétence de la juridiction judiciaire »

→ si mise en œuvre de PPP ou si l'acte traduit l'organisation du service public = JA

→ si l'acte est détachable = JJ

CONSEQUENCES :

- la personne publique peut prendre un acte sans conséquence sur un marché déterminé = pas d'invocabilité de l'ordonnance de 1986 **DONC** JA

- la personne publique peut prendre un acte indissociable des PPP qui viole les règles de la concurrence = compétence du JA et invocabilité de l'ordonnance de 1986

La question se pose sur le caractère détachable ou non de l'acte administratif :

→ **C.Cass, 19 novembre 2002, Sté au Lys de France** : le montant d'une redevance d'occupation du domaine public n'est pas détachable de la gestion du domaine public donc le JJ se déclare incompétent au profit du JA.

→ **Décision Conseil de la Concurrence, 5 janvier 2005, relative aux activités des pompes funèbres** : la personne publique n'informe pas qu'elle s'occupe d'une activité concurrentielle c'est donc une confusion des moyens avec un doute pour l'usager **MAIS** ce n'est pas un acte détachable donc compétence du JA.

- acte de puissance publique qui remplit les conditions de l'article 53 et dissociable des PPP = JA qui applique l'ordonnance de 1986

- la personne publique peut prendre des actes ou adopte des comportements anticoncurrentiels sans mettre en œuvre de PPP = compétence du Conseil de la Concurrence. **C.Concurrence, 1998, JCDcaux**

CA Paris, 31 octobre 1991, Mme Parouty : que la SNCF ait des activités annexes comme la restauration ne met pas en œuvre l'exercice de PPP **DONC** compétence du Conseil de la Concurrence.

CA Paris, 26 septembre 1991 : le refus d'accès prioritaire aux remontées mécaniques aux concurrents de l'ESF est une pratique anticoncurrentielle de la compétence du Conseil de la Concurrence

= le JA juge en premier lieu la légalité des actes administratifs. Le JA reste juge de l'administration.

A 26 ordonnance de 1986 : en cas de difficulté pour le JA peut demander un avis au Conseil de la Concurrence sans y être lié.

► Les autres problèmes du contentieux administratif :

- surtout pour l'annulation d'actes (REP) ;

MAIS le DPE concerne des indemnisations

DONC préférence pour aller devant le Conseil de la Concurrence pour obtenir une condamnation

- la question de l'efficacité du plein contentieux ;

CAA Paris, 4 décembre 2003, SETIL : la responsabilité pour faute, donc au plein contentieux est ouverte pour indemniser des pratiques anticoncurrentielles

- la question du délai ;

Il existe une voie plus rapide : le référé suspension

= **CE, 19 janvier 2004, Sté Tone Line** : la procédure de référé suspension est admise contre un acte administratif qui a des effets anticoncurrentiels

► Les spécificités du droit de la concurrence :

Plus rien ne résiste au droit de la concurrence

- actes qui ont des conséquences économiques directes ;

CE, 26 mars 1999, Sté EDA : le DP peut être le support d'une activité économique

CAA Paris, 4 décembre 2003, SETIL : le DP est le support d'une activité économique

- actes qui ont des conséquences économiques indirectes ;

Quatre cas :

→ textes qui réglementent une activité économique ;

Ils peuvent tomber sous le joug de l'ordonnance de 1986.

CE, 1^{er} avril 1998, Union hospitalière privée et autres : décret définissant les conditions d'exercice des praticiens privés sur le DP

→ actes administratifs qui conditionnent une activité économique ;

Ils peuvent tomber sous le joug de l'ordonnance de 1986.

CE, 30 juillet 2003, SA Caen distribution : annulation d'une décision d'urbanisme commercial

→ les règles de police ;

CE Avis, 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité : rien ne justifie qu'une mesure de police susceptible d'affecter une activité de distribution, de production ou de service ne prenne pas en compte le liberté du commerce et les règles de la concurrence

→ actes réglementaires qui ne remplissent pas les conditions de l'article 53 qui peuvent être sous certaines conditions soumis aux règles de la concurrence

MAIS le principe reste l'inapplicabilité aux actes réglementaires

► La sanctuarisation de certains actes :

= inapplicabilité de l'ordonnance de 1986

- missions régaliennes
- services que l'administration se rend à elle-même
- contrats in-house : avec ses propres services par exemple
- activités sociales non marchande

► Bilan :

- positif
- enrichissement des outils (ordonnance) et des méthodes du JA qui reste compétent
- les personnes publiques sont traitées comme des opérateurs privés

§3. La soumission de principe et la survivance de spécificité

Les buts des personnes privées et publiques sont différents.

L'intervention économique des personnes publiques se fait différemment.

Soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence mais différemment CAR :

- buts différents
- moyens différents et limités (principe de spécialité pour les EP)

A. Un contrôle renouvelé de la légalité des actes administratifs

Depuis 1997, l'ordonnance fait partie du bloc de légalité du JA.

► Beaucoup d'actes administratifs ont des effets économiques :

- quand le préfet interdit l'ouverture de magasins le dimanche
- quand le préfet autorise l'ouverture d'un bar jusqu'à une certaine heure

DONC contentieux important.

► Le contentieux des effets anticoncurrentiels des actes administratifs :

- **CE, 26 mars 1999, Sté EDA** : lorsque le DP est le support d'une activité économique, le gestionnaire doit tenir compte des règles de la concurrence et de l'ordonnance de 1986
- **CAA Bordeaux, 15 février 2005, M.Forgeaud c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie** : un arrêté préfectoral peut être annulé s'il restreint la libre concurrence sans justification technique (géomètre)
- **CE, 5 octobre 1998, Fédération Française des pompes funèbres** : pas de violation des règles de concurrence par un décret qui prévoit la création et la gestion de chambres mortuaires dans les résidences spécialisées dans l'accueil de personnes âgées.

► Le cas des décisions administratives qui conditionnent l'exercice d'une activité économique :

- **CE, 30 juillet 2003, SA Caen distribution** : pour déterminer une position dominante il faut déterminer le marché pertinent (zone géographique). Le CE regarde s'il y a une position dominante dans la zone PUIS s'il y a abus de position dominante.
- **CE, 17 décembre 2003, Commune de Nanterre** : « les règles de concurrence doivent être appliquées par toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de service » = A 83 ordonnance de 1986
- **CAA Versailles, 20 janvier 2005, SA Cie européenne de la chaussure** : un acte qui conditionne l'exercice d'une activité économique est attaquant sur la base de l'ordonnance de 1986
- **CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eaux et d'assainissement** : « cette obligation (reprise des anciens salariés) est de nature à dissuader les concurrents de présenter leurs candidatures et aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les sous missionnaires »

= les activités réglementaires n'ayant a priori aucun rapport avec l'organisation d'un marché peuvent être annulées car elles contreviennent à l'ordonnance de 1986

- **CE, Avis, 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité** : les mesures de PA peuvent être annulées si elles ont des effets anticoncurrentiels. « Dès lors que l'exercice du pouvoir de police est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de service, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public, ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence »

= quand le préfet interdit l'ouverture d'établissement après une certaine heure

= interdiction de distribution de journaux

= **CE, 2 juillet 2003, Commune de Collioure** : le pouvoir discrétionnaire du maire pour réglementer l'accès à un port est inconciliable avec les règles de la concurrence.

= **CAA Douai, 16 novembre 2004, Sté autoforum du particulier** : il appartient à l'autorité de police de tenir compte des règles de la concurrence et de l'ordonnance de 1986

B. La nécessité de la conciliation d'intérêts contradictoires

Les missions d'une personne publique vont toujours au-delà de la simple dimension économique.

Les missions des autorités publiques peuvent conduire à la violation des règles de la concurrence.

DONC on tient compte de la spécificité de la mission de la personne publique pour appliquer l'ordonnance de 1986, on module ses effets :

- **CE, 8 juin 2005, M.Tomaselli et Commune de Ramatuelle** : la continuité du service public prime sur le droit de la concurrence

- **CE, 24 septembre 2003, CAMIF** : le pouvoir réglementaire peut légalement aménager les règles du Code des Marchés Publics. Des avantages sont possibles pour l'exercice d'une mission de service public **MAIS** ils doivent être proportionnées à cette mission de service public.

➡ Le juge fait un contrôle de proportionnalité entre le droit de la concurrence et la mission de service public.

- **CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée** : le JA regarde **CONCRETEMENT** si l'avantage concurrentiel est justifié ou non par les contraintes du service public

➡ Le droit de la concurrence est modulé par les spécificités de l'action publique.

Chapitre II. L'action des personnes publiques modifiée par le droit de la concurrence

Deux changements :

- les personnes publiques sont traitées comme des opérateurs économiques ordinaires : mêmes droits, contraintes et sanctions.
- les modes d'intervention des personnes publiques sont modifiés

§1. L'assimilation des personnes publiques aux agents économiques ordinaires

Deux aspects : - égalité de traitement

- mêmes sanctions et contraintes **CAR** acte détachable de l'exercice de PPP

A. L'égalité de traitement consacrée

Même traitement car même activités = corollaire de l'égalité de concurrence

Commission centrale des marchés, Avis 1998 : « la candidature d'une personne publique à l'attribution d'un marché public doit être analysée comme portant atteinte aux principes d'égalité entre les candidats et de sincérité de la concurrence dès lors que les structures publiques bénéficient de fonds publics et ne supportent pas les mêmes charges que les sociétés privées »

= opposé au droit public matériel

CJCE, 21 mars, 1991, Commission c/ Italie : « il existe un principe d'égalité de traitement entre les entreprises privées et les entreprises publiques »

= entre les opérateurs économiques de toute nature

► Un opérateur public peut candidater à la commande publique :

- **Communication interprétative de la Commission, 26 avril 2000, Concession de service en droit communautaire** : pas de valeur juridique MAIS candidature possible d'une personne publique à une concession de service

- **CJCE, 7 décembre 2000, ARGE** : « le principe d'égalité de traitement ne fait pas, par lui-même, obstacle à ce qu'un organisme public ou subventionné se porte candidat à un service public »

= candidature possible sans si elle fausse les règles de la concurrence

► Le JA doit tenir compte du droit communautaire, **DONC** évolution de sa jurisprudence :

- **TA Besançon, 22 juillet 1999, Entreprise Mono architecte** : la personne publique peut intervenir si elle ne fausse pas la concurrence. Ce qui compte est l'égalité de concurrence.

- **CE, 18 mai 2005, Territoire de la Polynésie Française** : « l'insuffisance de l'initiative privée n'est pas elle seule de nature à permettre la création d'un service public à caractère industriel et commercial »

= création possible même sans carence

- **rapport public, CE, 2002** : il ne faut pas banaliser l'activité économique des personnes publiques avec la disparition de la liberté du commerce et de l'industrie

DONC- CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris : les personnes publiques doivent respecter la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence. Elles doivent se limiter à leurs compétences et justifier d'un intérêt public (carence du privé)

= les personnes publiques ne doivent pas fausser le jeu de la concurrence

► Raisonnement du juge en deux temps :

- une personne publique peut elle intervenir ?
 - carence, insuffisance, inadéquation
 - propres besoins
 - intérêt public
- quand la personne publique intervient doit elle le faire comme un opérateur privé ?

= l'égalité de traitement ne fait pas disparaître la liberté du commerce et de l'industrie

► Conséquences :

- les personnes publiques peuvent candidater à de la commande publique
 - CE, 16 novembre 2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau : à une DSP
 - CE Avis, 8 novembre 2000, JLB Consultant : à un MP

► Quatre temps du raisonnement (4 vérifications du juge):

= CE, 8 novembre 2000, JLB Consultants :

- aucun texte ni aucun principe n'interdit à une personne publique d'être candidate à une DSP ou à un MP
- obligations fiscales comparables à celles d'une personne privée
- le juge statue au regard de l'environnement juridique de la personne publique
- le juge regarde que la personne publique respecte le droit de la concurrence au regard de trois indices :
 - le prix proposé doit être le prix du marché : ensemble des coûts indirects et directs
 - pas d'avantages des ressources et moyens attribués pour sa mission de service public
 - comptabilité analytique

A 1 Code des MP : les personnes publiques peuvent candidater

► Les personnes publiques peuvent accéder à de la commande privée :

- CE, 5 septembre 2001, Guiavarc'h : aucune règle n'interdit aux personnes publiques de candidater à de la commande privée
- CE, 29 juillet 2002, CEGEDIM : commercialisation de fichiers par l'INSEE. Notions d'infrastructures et de ressources essentielles.

= Loi 12 juillet 1999 : incitation pour les EP de trouver d'autres ressources

Le CE regarde simplement si la personne publique ne fausse pas la concurrence.

B. La sanction des comportements anticoncurrentiels

Intervention de personnes morales de droit privé contrôlées par des personnes publiques.

Le principal comportement sanctionné est l'abus de position dominante.

► Abus de position dominante :

= L'abus de position dominante est l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur la marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

DONC deux éléments :

- position dominante sur un marché pertinent
- abus

► Les cas d'abus de position dominante :

- la personne publique profite de sa position quasi monopolistique pour gêner ou pour sortir des concurrents potentiels du marché

= UGAP pour les fournitures scolaires

= FDJ sur le mobilier

- la personne publique s'appuie sur son monopole pour développer des activités dans des secteurs concurrentiels et pour fausser le jeu de la concurrence

= prix prédateurs

- la personne publique est seule à disposer d'une infrastructure, d'une ressource indispensable à l'exercice d'une activité économique = une information par structure, par ressource essentielles

= sans accès à cela on ne peut pas exercer de compétence en aval

= CE, 29 juillet 2002, Sté CEGEDIM : abus de position dominante du ministre de l'économie qui détient une ressource essentielle par les fichiers de l'INSEE.

§2 : La mutation des modes traditionnels d'intervention

► Les contraintes auxquelles sont soumises les personnes publiques :

- pas de comportement anticoncurrentiel
- transparence des procédures
- valorisation des mécanismes de concurrence
- valorisation des biens publics

► Trois pratiques modifiées par le droit de la Concurrence :

- commande publique
- financement des services publics
- valorisation des propriétés publiques

A. La commande publique encadrée

► Définition :

- **DC, 26 juin 2003, simplification du droit** : la commande publique n'est pas homogène

DONC débats doctrinaux

- Conseil Constitutionnel : achats par une personne publique

Une DSP est donc de la commande publique pour le CCnl.

► Les contrats publics qui entrent dans la définition de la commande publique :

- BEA
- BEH
- contrats PPP
- contrats LOPSI,...

► Textes spécifiques au 19^{ème} siècle :

- **Décret 8 novembre 1802** : généralisation de l'achat au rabais pour les travaux des hôpitaux et des hospices

- **Ordonnance, 4 décembre 1836** : concerne les marchés passés par l'Etat

- **Ordonnance 14 novembre 1837** : concerne les marchés passés par les CL

= obligations de publicité

Renforcement de la publicité depuis les années 2000 :

- **décret 7 mars 2001** : institution du nouveau code des MP. Intégration des directives communautaires avec des secteurs spécifiques comme l'eau, l'énergie, les transports et les télécoms (secteurs quasi monopolistiques)

- **directive 2004 / 17 CE** : passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des Postes

- **directive 2004 / 18 CE** : passation des marchés dans les secteurs classiques

Décret 7 janvier 2004, Nouveau Code des MP : anticipation de vigueur de directive communautaires à appliquer **MAIS** certaines dispositions étaient contraires aux MP.

DONC décret 1^{er} Août 2006 : nouveau code des MP en vigueur en septembre 2006

► Les personnes soumises au code des MP :

- Etat et ses EPA
- CL
- EPIC / EPA

MAIS les SEM n'y sont pas soumises

► Les règles de la commande publique :

- publicité

- mise en concurrence
- protection des deniers publics
- voies de recours avec le référé précontractuel

CE, 16 juillet 2007, *Tropic* : un tiers évincé peut attaquer directement le contrat

B. Les modes de financement des services publics bouleversés

Avec l'ouverture à la concurrence les aides ne sont plus possibles = pratiques anticoncurrentielles

Deux problèmes :

- les subventions croisées
- les compensations d'obligations de SP = COSP

1. Les subventions croisées

Les entreprises publiques ont souvent des activités industrielles et commerciales monopolistiques et des activités non monopolistiques.

Le risque est que les opérateurs se servent de cela pour avoir des **prix prédateurs** avec des subventions croisées : affectation des sommes à un service public pour une activité concurrentielles.

DONC imposition d'une **COMPATIBILITE ANALYTIQUE**.

► Le contentieux des subventions croisées :

- **CJCE, 11 juillet 1996, SFEI** : l'assistance à des filiales de droit privé à des coûts inférieurs à leur est une subvention croisée valeur

= facturation au prix du marché obligatoire

= difficile à quantifier monétairement

- **C.Concurrence, décision 23 décembre 2004, pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages des eaux de la Vendée** : le Conseil Constitutionnel détermine le coût de la prestation pour voir si elle est facturée avec ou sans subventions.

- **CA Paris, 20 novembre 2001, Française des jeux** : prix bas car pas besoin de rentabilité = subvention croisée

- **C.Concurrence, 31 mars 2005, Activité d'ingénierie forestière de l'ONF et des DDAF** : exigence d'une comptabilité analytique de l'ONF pour éviter les subventions croisées.

► Le juge compétent pour les subventions croisées : JA

2. Les COSP

CE, 1963, *Narcy* : un service public est une activité d'intérêt général assurée par le biais de PPP sous la responsabilité ou le contrôle d'une puissance publique (peut être une personne privée)

CE, 1990, *Ville de Melun* : les PPP ne sont plus nécessaires

CE, 2007, *APEI* : les PPP ne sont plus dans la définition des services publics

CE, 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* : distinction SPA / SPIC.

Cas **SEULEMENT** des **SPIC**.

Les SPIC ont un coût rarement supporté par les usagers.

Les SPIC étaient déficitaires **DONC** financements publics pour équilibrer les comptes.

A 73 CE : « sont compatibles avec le présent traité, les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public »

= disposition sectorielle seulement pour le transport

Règlement de 1969 (remplace par celui du 18 septembre 2007): seulement pour les transports par routes, chemins de fer et voies navigables

PUIS Règlement, 23 juillet 1992, obligations de SP que les autorités peuvent imposer sur les SP aériens réguliers.

= **on signe un contrat de SP et ces aides sont légales.**

► Les aides hors des cas du transport :

- **CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans** : lorsqu'une personne publique définit le champ des COSP elle doit en chiffrer le coût

= chaque Etat définit ses obligations de SP.

= la Cour se contente de contrôler s'il y a une EMA.

Décision de la Commission, 28 novembre 2005 (vigueur 1^{er} janvier 2006) : critères et modalités de versement des COSP : - par rapport au CAffaire (inférieur ou égal à 100 M d'€) et si le montant de la compensation est inférieur ou égal à 30 000 000 €.

► Le droit communautaire de la concurrence :

Prend en compte deux paramètres : - structure géographique du marché : supérieur à un Etat ou non
- l'objet du marché : le produit est-il substituable ?

► L'article 86 CE traite de trois rapports des Etats avec des entreprises particulières :

- les entreprises publiques
- les entreprises ayant des droits spéciaux ou exclusifs
- les entreprises chargées de la gestion de SIEG ou ayant un monopole fiscal

▪ **A 86 §1** : l'entreprise publique au niveau communautaire ;

= toute entreprise qui exerce une activité économique **CJCE, 1991, Höffner**

= influence dominante : directive transparence 1980

= entreprise qui a un droit exclusif : monopoles exclusifs concédés c'est-à-dire qu'on reconnaît à une seule entreprise le droit de fabriquer, de vendre un produit ou d'offrir une prestation de service sur une zone déterminée.

= entreprise qui a un droit spécial : entreprises qui ont des autorisations d'agrément ou des licences avec une influence certaine des pouvoirs publics

Les entreprises publiques doivent respecter les règles de la concurrence.

CJCE, 1974, Caachi : pas d'interdiction faite aux Etats d'accorder des droits exclusifs et spéciaux (simple encadrement)

▪ **A 86 §2** : « obscure clarté » de cet article

→ respect de la concurrence SAUF si cela fait échec à la mission et ce sans faire échec au droit communautaire

→ les entreprises concernées

- monopoles fiscaux : procurer des recettes fiscales à l'Etat par l'exploitation exclusive d'une activité déterminée

- entreprise chargée de SIEG

· activité économique

· mission d'intérêt économique générale : comporte un caractère

spécifique par rapport aux activités d'une entreprise guidée par le seul profit

CJCE, 1993, Corbeau : la régie des postes belges est un SIEG car il y a une obligation d'assurer la collecte pour les usagers sur tout le territoire avec des tarifs uniformes, une qualité similaire sans regard au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle = le profit n'est pas le but.

· une investiture étatique : contrôle. Existence de rapports étroits entre l'entreprise et l'Etat. La simple surveillance ne suffit pas. Il faut une fixation des obligations d'intérêt général.

En France, les SIEG correspondent aux SPIC **MAIS** pas en droit communautaire.

▪ **A 86 §3** : le rôle de la Commission

La commission veille à l'application de l'A 86 CE.

La jurisprudence lui est très favorable car elle peut remédier à un comportement précis, fixer des règles de portée générale concernant l'ensemble du secteur et ce même en l'absence de toute situation litigieuse.

La Commission est à la base hostile aux missions d'IG. Mais dans le Livre Blanc de 2004 « sous réserve de l'A 86 §2, l'accomplissement effectif d'une mission d'IG prévaut sur l'application des règles du traité »

► La soumission aux règles de la concurrence des SIEG :

On différencie les activités dans les SIEG :

- entre régulateur et opérateur ;

Si une personne est à la fois régulatrice et opératrice il y a un abus de position dominante automatique.

La régulation relève de la personne publique.

Les entreprises ne peuvent être à la fois régulateur et opérateur car il y aurait un avantage démesuré = abus de position dominante automatique.

La personne publique fixe les règles techniques et les autorisations de manière indépendante vis-à-vis du secteur privé.

C'est une entité indépendante des entreprises.

- entre gestionnaire et exploitant au sein d'une entreprise ;

Gestionnaire : accès des tiers au réseau

Si l'entreprise est à la fois gestionnaire et exploitant il n'y a pas forcément abus de position dominante

MAIS le risque est fort.

DONC la Commission mène des actions en faveur de l'ouverture des réseaux publics à des conditions non discriminatoires.

Il y a abus si l'entreprise exploitante et gestionnaire refuse l'accès.

- entre service universel et SIEG ;

Service universel : obligatoire et compote les mêmes prestations pour tous les Etats membres. C'est une prestation minimum de base à laquelle tous les usagers du service ont droit à des conditions financières abordables. C'est une obligation communautaire qui entraîne une tarification souple permettant des arrangements pour des raisons sociales.

► Les dérogations aux règles de la concurrence :

Le principe est la soumission aux règles de concurrence.

Après avoir démontré le besoin réel, c'est à l'opérateur ou à l'Etat de démontrer que l'atteinte ou que l'exclusion de toute concurrence est nécessaire à l'accomplissement par l'entreprise de sa mission économique d'IG.

L'opérateur a des obligations de service public et s'il est soumis aux règles de concurrence il va être rapidement dans une situation financière critique.

Deux possibilités de financement : - provient d'une activité plus rentable ou des entreprises utilisant des infrastructures de base = idée d'autofinancement

- mesures qui visent à compenser le surcoût découlant de la mission (ne confère pas d'avantage à l'entreprise)

Financement par les personnes publiques = compensation

Avantage supérieur au surcoût = aide d'Etat

Avantage égal au surcoût = compensation

CJCE, 2001, Feering SA : taxe française applicable aux laboratoires pharmaceutiques et non aux grossistes car il ont des obligations de service public.

CJCE, 2003, Altmark : conditions à respecter :

- mission de service public avec des obligations clairement définies
- critère objectif et transparent
- critère préalablement défini et contrôlable
- proportionnalité par rapport au surcoût

Activité non économique : —————►

- autorité publique (missions régaliennes)

pas d'application de l'A 86§2
pas de concurrence

- finalité sociale = **CJCE, 1994, Commune d'Almelo** (éducation)

Activité économique = SIEG : —————> Application des règles de la concurrence

- distinction → régulateur / opérateur : abus de position dominante = interdit
- gestionnaire / exploitant : risque d'abus de position dominante **MAIS** possible
- service universel

C. La valorisation des propriétés publiques recherchée

On parle à la fois des biens corporels et incorporels.

► Mouvement général :

- Agence des Participations de l'Etat
- Agence du patrimoine immatériel de l'Etat ;

Circulaire 17 avril 2007 + Arrêté, 23 avril 2007

Rattachée au MINEFI = pas de personnalité juridique distincte

Matières : brevets, licences, marques, images, bases de données, fréquences radios,...

Trois missions : → tirer une meilleure valorisation des ressources
→ optimiser l'impact de la gestion du patrimoine
→ prémunir l'Etat et les usagers c/ un détournement ou une exploitation illégale frauduleuse de ces ressources

- montant des redevances d'occupations domaniales ;

« la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toutes natures procurées au titulaire de l'autorisation »

CE, 4 arrêts, 31 octobre 2007 : « les radars constituent, compte tenu de leur objet même, des équipements intégrés aux infrastructures routières au sens de l'A 117-1 du Code de la voirie routière. Ces équipements, qui concourent à l'exécution du service public de la sécurité routière, ne peuvent être regardés comme utilisant ou occupant le domaine public routier au sens de l'A L 2125 du CG3P. L'installation de radars sur le domaine public routier ne peut légalement donner lieu à l'institution d'une redevance d'occupation domaniale »

- valorisation des services rendus par une personne publique ;

CE, 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice de la médecine libérale à l'hôpital : « la valeur du service rendu par l'établissement hospitalier aux praticiens y exerçant une activité libérale n'est pas limitée aux coûts des installations techniques et des locaux mis à disposition de celui-ci ... mais peut également être apprécié eu égard notamment à la possibilité qui leur est ainsi offerte d'exercer leur activité libérale dans le cadre et avec les moyens du service bénéficiant de la cas échéant de la notoriété qui s'attache à l'établissement dans lequel ils exercent cette activité »

= % honoraires médecins, coûts réels,...

La question du montant de la redevance :

- si trop faible = faussement du jeu de la concurrence avec des consultations moins chères
- si trop élevé = pas de conditions équivalentes avec les médecins privés : faussement du jeu de la concurrence

→ les personnes publiques doivent défendre l'intérêt général

→ une personne publique ne peut intervenir que dans son champ territorial et matériel = spécialité

Chapitre III. Quel rôle économique pour les personnes publiques ?

L'Etat passe du rôle d'acteur à celui de régulateur

§1. L'Etat toujours acteur

L'Etat n'est plus libre d'agir **DONC** il le fait avec des outils nouveaux pour des finalités nouvelles.

A. Un changement des outils structurels d'intervention

Outils habituels inadaptés : EPIC, domanialité publique,...

DONC l'Etat privilégie les outils indirects d'intervention, mécanismes contractuels d'encouragement :

- ateliers relais
- pépinière d'entreprise

Ex : crédit d'impôts doublés pour une entreprise en matière de recherche et de développement

Ex : Small Business Act : accès plus facile la commande publique pour les PME

Rapport Attali pour relancer la croissance :

- suppression des réglementations sectorielles
- suppression de la **loi Royer** sur les grandes surfaces pour libéraliser leur implantation
- suppression de la **loi Galan** : vente à perte possible
- suppression de la réglementation sur les professions contrôlées : taxis, pharmacies,...

= développement de mesures horizontales comme l'aide à l'emploi

B. Un changement d'objectif lors des interventions

L'Etat a besoin de l'accord de la Commission européenne pour mettre en place des avantages économiques.

Prise en compte du développement durable, de la cohésion économique et sociale, de l'aide aux PME,...

Les finalités des régions doivent être les mêmes que celles de la Commission.

Abandon des politiques sectorielles quand cela est possible.

L'intervention économique est possible si elle respecte le droit communautaire.

Développement des financements privés avec notamment les fondations.

§2. Un Etat simple régulateur ?

Le rôle de régulateur de l'Etat est en diminution car il existe des régulateurs indépendants.

A. La régulation assurée par la puissance publique

L'Etat a toujours régulé directement l'économie.

Fort rôle de régulateur dans le cas de la régulation économique (rapprochement d'entreprises pour en faire une seule):

- compétence du ministre de l'économie et des finances pour accepter ou refuser
- contestation devant le JA
- **loi 19 juillet 1977** : réglementation de la concentration économique
- **loi NRE, 15 mai 2001** : régit le droit de la concentration avec un contrôle bicéphale

→ Ministre de l'économie

→ Conseil de la Concurrence

MAIS décision finale du ministre

- notification du projet au ministre
- il faut attendre la décision

- décision du ministre lui-même → accepte
→ refuse
→ accepte et pose des contraintes
- si la situation est complexe = avis facultatif du Conseil de la Concurrence (non attaquant)
- contestation de la décision du ministre en premier et dernier ressort devant le CE (REP)

CE, 6 octobre 2000, **Pernot Ricard** : vente d'Orangina à Coca = contrôle sur des principes économiques

CE, 20 juillet 2005, **CEGID** : saisine du Conseil de la Concurrence en se basant sur la bonne administration de la justice

B. La régulation transférée à des autorités indépendantes

Découle de l'ouverture à la concurrence d'anciens monopoles publics.

Le droit communautaire impose que quelqu'un garantisse l'accès à la privatisation pour éviter les « **barrières à l'entrée** »

DONC obligation de mettre en place un régulateur indépendant qui garantit l'accès au marché = gère l'infrastructure générale

Les régulateurs peuvent avoir une personnalité juridique distincte de l'Etat : ACERP (communications et postes) ; RFF

Trois questions :

- les régulateurs doivent-ils faire respecter le droit de la concurrence ?
- devant quel juge peut-on contester les décisions de ces autorités de régulation ?

Si la régulation est une règle de concurrence = CA Paris (80% du contentieux)

Si la régulation est un simple partage = JA. ACERP = toujours JA

- faut-il transférer toutes les activités de régulation à un seul régulateur ?

Peut être même un seul régulateur communautaire pour les activités d'un même domaine.